

Autoridade Pública...

AUTORIDADE PÚBLICA E MANDADO DE SEGURANÇA

I

1. Instituído pela Constituição Federal de 1934, o mandado de segurança completou sessenta anos. Nesse período de pouco mais de meio século modificações profundas ocorreram na estrutura da Administração Pública nacional, com a intensificação do processo de descentralização, no qual formas de direito privado foram largamente adotadas. A proliferação das sociedades de economia mista, das empresas públicas e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público fez com que parte expressiva da atividade administrativa do Estado passasse a ser exercitada por essas entidades. A nova realidade assim gerada deu causa a que se questionasse o conceito de autoridade pública, contra cujos atos ou omissões ilegais se endereça o mandado de segurança, desde que violadores de direito líquido e certo. Pretende-se examinar, neste trabalho, dois aspectos do instituto do mandado de segurança relacionados com o conceito de autoridade pública. O primeiro prende-se ao direito material, cuidando-se de precisar o que hoje, no estágio atual da experiência brasileira, deverá entender-se por autoridade pública, para fins de mandado de segurança (II). O outro relaciona-se com o direito formal: cogita-se de definir quem é parte no mandado de segurança, tirando-se daí todas as conseqüências no campo processual (III). A resposta que se der a essas indagações poderá ampliar ou restringir, consideravelmente, a importância do mandado de segurança no nosso sistema jurídico.

Em muitas hipóteses, dependendo da solução escolhida, ele poderá tornar-se

menos útil do que os procedimentos ordinários ou cautelares, previstos no Código de Processo Civil. As conclusões a que chegamos (IV) conduzem, todas, à reafirmação e ao revigoreamento do mandado de segurança. dentro do conceito de Estado de Direito, como a ação constitucional por excelência, ao lado do habeas corpus, para a proteção dos direitos subjetivos violados ou ameaçados de lesão pela conduta ilegal ou abusiva de agentes e órgãos do Poder Público, quando atuem ou devam atuar sob regime de direito público, sendo irrelevante a natureza de direito privado das entidades a que se liguem. Dizemos reafirmação e revigoreamento do instituto porque jurisprudência dominante reitera, mesmo sob a Constituição Federal em vigor, posições que, sob alguns aspectos, levam à diminuição do mandado de segurança como meio prático endereçado à eficaz garantia dos direitos individuais frente aos atos do Estado, quando estes desbordem dos marcos que lhe são legalmente fixados.

II

2. A Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, LXIX, ao definir os traços institucionais do mandado de segurança, declara que ele será concedido “para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Os antecedentes históricos do mandado de segurança mostram que após algumas hesitações iniciais a respeito de que atos ou omissões seriam por ele impugnáveis, acabou por prevalecer o entendimento, quando da elaboração da Constituição de 1934, que deveriam ser os de “qualquer autoridade”, como afinal constou do art. 113, no 33, daquela Constituição¹.

¹ Ao tempo da Constituição de 1891, a Lei nº 221, de 1894 criou uma ação especial para a invalidação dos atos da administração lesivos de direitos individuais. Tal ação, entretanto, teve escassa importância na defesa dos direitos individuais contra atos do Poder Público. Como é bem conhecido, nesse período o habeas corpus e as ações possessórias é que desempenham a função de proteger os particulares contra os atos ilegais ou abusivos praticados pelos agentes do Estado. A descaracterização do habeas corpus como ação endereçada exclusivamente a atacar qualquer cerceamento da liberdade individual pelo Poder Público, para ampliá-la, de modo a transformá-la igualmente em instrumento de proteção de direitos de outra natureza, especialmente os patrimoniais, e a aceitação de que a posse poderia ter como objeto também bens incorpóreos, como os direitos, foram as vias então encontradas para estabelecer um razoável sistema de defesa dos indivíduos com relação às providências ilegais do Estado. Contudo, já em 1914, no seu livro *A Organização Nacional*, Alberto Torres propunha a criação de um “mandado de garantia”, para proteger direitos “lesados por atos do Poder público, ou de particulares, para os quais não haja outro recurso especial” (Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1914, p. 367). A reforma constitucional de 1926 reconduziu o habeas corpus aos seus limites clássicos, deixando um vácuo que o deputado Gudestau Pires tratou logo de preencher, ao apresentar no Congresso Nacional o projeto nº 148, de 1926, que instituiu o “mandado de proteção” e o “mandado de restauração”, contra lesão ou ameaça de lesão de direito pessoal líquido e certo por “atos de autoridades administrativas da União”. No substitutivo apresentado pela Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados o art. 1º ampliava o âmbito dos mandados, para dirigi-los contra “ato ou decisão de autoridade administrativa”, não mais restritos, portanto, aos atos de autoridades administrativas da União. Quando das discussões que antecederam a Constituição de 1934 e que se iniciam com o anteprojeto da chamada Comissão do Itamaraty, João Mangabeira introduziu nesse anteprojeto norma instituindo o mandado de segurança para amparar “direito incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo”. A limitação que aí se estabelecia, restringindo o mandado de segurança a combater apenas atos ilegais do Poder Executivo, deu margem a inúmeras controvérsias, pretendendo alguns que a nova ação pudesse atingir atos de particulares e outros que abrangesse também atos inconstitucionais do Poder Legislativo. “Ato do Poder Público”, “ato de autoridade pública”, “ato de qualquer autoridade ou do poder público” foram outras fórmulas sugeridas em diferentes

Na metade da década de trinta não havia ainda qualquer dificuldade em precisar quem era autoridade pública. Assim considerados eram os agentes das pessoas jurídicas de direito público, das distintas órbitas da federação. Não se iniciara, então, o processo de “fuga para o direito privado”², com a criação de sociedades de economia mista e de empresas públicas, bem como a adoção, com freqüência crescente, de formas e instituições do direito privado para a realização de fins imediatamente públicos.

Pode-se dizer que a descentralização administrativa não ultrapassava, então, as fronteiras do direito público, vivendo o Brasil a fase da autarquia. Depois do segundo grande conflito mundial o panorama se altera substancialmente no Brasil, passando o Poder Público a recorrer amiudadamente às sociedades de economia mista e empresas públicas, geralmente para o desempenho de serviços públicos (os chamados serviços públicos de natureza industrial ou comercial), como, por exemplo, os de telefone, de energia elétrica, de gás, de água, etc., mas também para a pura exploração de atividade econômica, em regime de competição com as empresas do setor privado.

Mais recentemente, as fundações de direito privado, instituídas e mantidas pelo Poder Público, tiveram seu número notavelmente aumentado, nas diferentes órbitas da Federação. Nessa fase, autoridade pública era ainda todo aquele que estivesse na posição de órgão de pessoa jurídica de direito público, vale dizer, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e das autarquias. Contra os atos e omissões ilegais desses agentes, violadores de direito líquido e certo, ou que contivessem ameaça de violação, cabia mandado de segurança. Mas não só. Também era utilizável o mandado de segurança contra os comportamentos ilegais de quem quer que estivesse no exercício de atribuições do Poder Público, quando houvesse lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo.

Ao admitir-se o mandado de segurança contra atos de autoridade pública ou de pessoa que esteja no desempenho de serviço público (ou de atribuições do Poder Público, o que é praticamente a mesma coisa) receberam-se no direito brasileiro, pelo menos nas suas grandes linhas, os critérios historicamente conhecidos pelo direito francês não só para qualificar certos atos jurídicos como atos administrativos, mas sobretudo para

emendas, até firmar-se a expressão “ato de qualquer autoridade”, consignada pela primeira vez em emenda apresentada por Maurício Cardoso e Adroaldo Mesquita da Costa e incorporada, após, ao texto constitucional (Sobre a história do mandado de segurança, por todos, Themistocles Brandão Cavalcanti, *Do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro, 1936, Freitas Bastos, p. 239 e segs.).

2 A expressão “fuga para o direito privado” (*Die Flucht in das Privatrecht*) é de Fritz Fleiner (*Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1928, 8ª ed., J. C. B. Mohr, p. 326) e ganhou notoriedade e aceitação no direito alemão (veja-se, recentemente, Heiko Faber, *Verwaltungsrecht*, 1992, J. C. B. Mohr, Tübingen, p. 326). Na Europa o fenômeno adquire significação logo após a primeira grande guerra, como se infere da observação de Fleiner. No Brasil, entretanto, pode-se dizer que só depois da segunda grande guerra é que as sociedades de economia mista e as empresas públicas passam a ser comumente utilizadas, ao lado das autarquias, como formas de descentralização administrativa, que o Decreto-lei nº 200 de 25.02.67 viria a designar como “administração indireta”. As críticas e protestos da doutrina contra essa designação não impediram sua recepção nos textos constitucionais de 1969 e 1988. Quanto às fundações de direito privado instituídas e mantidas pelo Poder Público, embora elas fossem muito antigas no direito brasileiro (Clóvis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Comentado, Rio de Janeiro, Rio, 1976, p. 241, Miguel Reale, *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1969, p. 17 e segs.), só mais recentemente é que elas passaram a exercer um papel de relevo na chamada administração indireta, ao lado das sociedades de economia mista e das empresas públicas.

determinar a competência da jurisdição administrativa e da jurisdição comum para apreciar atos do Poder Público, ou, finalmente, para distinguir-se entre atos de direito privado e de direito público. Este ponto, pelas consequências que dele foram e podem ainda ser tiradas para o direito brasileiro, merece uma análise mais pormenorizada.

2. É sabido que, no direito francês, a primeira grande distinção que se estabelece a respeito dos atos do Poder Público é entre atos de autoridade e atos de gestão. Aqueles, os atos de autoridade, são os que o Estado pratica como *persona potior*, investido de prerrogativas e poderes que só ele detém e que os indivíduos, os administrados, não possuem. Só o Estado pode desapropriar, instituir, lançar e arrecadar impostos, encarregar-se do processo civil e penal, estabelecer e impor limitações e multas administrativas. Quando o Estado procede dessa maneira, e o faz no desempenho da função administrativa, realiza atos de autoridade, que são todos atos administrativos e, pois, atos de direito público. Por outro lado, desde o direito romano admite-se que o Estado sujeite-se ao direito privado, estabelecendo vínculos jurídicos em condições de igualdade com as demais pessoas, ao gerir o seu patrimônio como qualquer particular³. Esses são os denominados atos de gestão, atos jurídicos de direito privado celebrados pelo Poder Público. Eisenmann resume, nos seguintes termos, essa idéia: “Diz-se que a administração está sujeita ao direito público quando pratica atos de autoridade; está sujeita ao direito privado por seus outros atos, batizados de atos de gestão”⁴. O discri-me era de importância manifesta para determinar a competência dos órgãos jurisdicionais, tendo em vista principalmente que a Lei de 24 de maio de 1872, no seu art. 8º, conferia ao Conselho de Estado a competência para apreciar os recursos por excesso de poder interpostos contra “os atos das diversas autoridades administrativas”. Cabe observar, a esta altura, que o momento político, econômico e cultural era fortemente influenciado pelas concepções liberais. Segundo elas, só em situações absolutamente excepcionais seria de aceitar-se a sujeição do Estado a regime jurídico especial, de direito público e, pois, distinto do regime vigente para os indivíduos em geral. Tais situações excepcionais seriam exclusivamente aquelas em que o Estado exercesse, efetivamente, poder público ou autoridade pública, ficando todas as demais subordinadas ao direito privado⁵.

3 É sabido que no direito alemão, chegou-se a desenvolver e consolidar a noção da dupla personalidade do Estado. Ao tempo do Estado Absoluto ou do regime de polícia, a rigor o direito era apenas o direito privado. Assim, o Estado que era atingido pelo direito, ou que a ele se submetia, era apenas o fisco -a caixa especial, o tesouro peculiar do monarca e do príncipe, mas não, como observa Otto Mayer, “o Estado propriamente dito, a associação política, a pessoa jurídica de direito público”. E prossegue: “Quando o Estado age como o particular poderia fazê-lo, quando compra, vende, empresta ou toma de empréstimo, recebe ou faz doações, então não nos parece difícil submetê-lo às regras de direito civil; ele não ordena, apenas mostra o lado dos seus interesses pecuniários, como dizemos, e, por isto, se submete ao direito civil. Mas se, verdadeiramente, põe-se a comandar e a exercer o poder público, então não se trata mais de aplicar o direito civil” (Le Droit Administratif Allemand, Paris, Giard & E. Briere, 1903, vol. I, p. 55 e segs.; Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 1924, 3ª ed, 1924 e 1969, vol. I, p. 41 e segs.). Por caminhos diferentes, o direito francês e o alemão chegaram, porém, a um ponto comum: só o Estado que é regido pelo Direito Público pratica atos de autoridade. Veja-se, abaixo, nota 16.

4 Cours de Droit Administratif, Faculté de Droit de Paris, Diplôme d'Etudes Supérieures de Droit Public, 1952-1953, p. 70 e segs., apud Paul Sabourin, Recherches Sur La Notion d'Autorité Administrative en Droit Français, Paris, L.G.D.J., 1966, p. 65.

5 Sobre isto, bem como sobre toda a evolução do conceito de autoridade pública no direito francês que aqui retraçamos seguindo-lhe os passos, Paul Sabourin, op. cit., p. 66.

A transformação do Estado liberal em Estado social, que começa a processar-se a partir da segunda metade do século passado, iria abalar profundamente essa distinção, ao desenvolver rápida e consideravelmente o que a doutrina alemã chama de “administração prestadora de benefícios” (Leistungsverwaltung). No Estado liberal clássico, embora fosse pequeno o tamanho do Estado, este agia preponderantemente por meios coercitivos (administração coercitiva, Eingriffsverwaltung), o que equivale dizer por atos de autoridade, que já dissemos, são sempre atos administrativos. A interferência do Estado no campo econômico e no social, não para impor ou exigir, mas para distribuir vantagens ou benefícios, ou para exercer papel de árbitro, eliminando as desigualdades e procurando estabelecer o equilíbrio entre as forças em confronto dentro da sociedade, acabou por criar um imenso elenco de novos serviços público em que a nota autoritária e coercitiva do Estado, quando não desaparecia de todo, pelo menos ficava grandemente empalidecida. Nesse quadro, tornava-se difícil caracterizar o agente do Estado, distribuidor de benefícios, como autoridade pública e, conseqüentemente, seus atos como atos de autoridade. Não é outra a razão pela qual a doutrina e jurisprudência francesa fixaram a orientação, prevalecente em quase todo XIX, cujas linhas principais foram assim expressas por Berthélemy: “Ato de autoridade é aquele pelo qual a Administração ordena ou proíbe alguma coisa. Ato de gestão é o que os administradores realizam, seja em proveito do patrimônio privado (do Estado), seja para o funcionamento dos serviços públicos, nas condições em que os particulares agem na gestão de seus próprios negócios”. Ou ainda mais claramente:

“Os atos de gestão são aqueles praticados pela administração como representante legal das pessoas administrativas, seja em proveito do domínio privado, seja pelos serviços públicos de que se incumbem”⁶.

Nas últimas décadas do século passado, notadamente desde o arrêt Blanco, de 1873, inicia-se o processo que resultaria em atribuir ao conceito de serviço público a posição de conceito fundamental e dominante do direito administrativo francês. Para isto muito contribuiu a chamada escola do serviço público, liderada por Duguit, Bonnard, Jeze e Rolland. O triunfo da noção de serviço público fez com que a distinção entre atos de autoridade e atos de gestão entrasse em franco declínio. Não será necessário dizer que a adoção do conceito de serviço público como critério principal para definir a competência da jurisdição administrativa, implicou considerável alargamento do campo de aplicação do Direito Administrativo, que assim ganhou terreno ao Direito Privado. Estendeu-se, também, o conceito de ato administrativo, nele inserindo-se as providências da Administração Pública quando no desempenho de serviços públicos, antes consideradas, como se viu, atos de gestão. Ampliaram-se, igualmente, por via de conseqüência, as situações em que os particulares poderiam defender seus interesses frente ao Estado pela via dos recursos utilizáveis na jurisdição administrativa, dentre os quais, pela sua importância, sobressai o recurso por excesso de poder,

6 *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 12^a ed., 1930, p. 25 e segs., apud Paul Sabourin, op. cit. p. 69 e 70.

aliás um dos modelos sobre os quais se formou o instituto do mandado de segurança. Mudava-se também, desse modo, o critério para distinguir entre Direito Público e Direito Privado. O rígido contraste entre atos de autoridade e atos de gestão confinava o campo do Direito público à área em que o Estado se manifestava pela *puissance publique*. Eram valorizados, nesse contexto, para a fixação do lindes do Direito Público, exclusivamente os meios utilizados pelo Estado e não propriamente os fins por ele perseguidos, como agudamente observou Hauriou⁷. O conceito de serviço público, erigido à condição de critério dominante para traçar-se a *summa divisio* do Direito, inverteu esse estado de coisas, pois implicou que os fins buscados pelo Estado se tornassem tão ou mais importantes do que os meios por ele empregados. Na verdade, se os atos praticados pela administração estivessem estritamente vinculados aos fins do Estado (que coincidem, em última análise, com a realização de tarefas de interesse geral, como são os serviços públicos), seriam eles atos administrativos, o que vale dizer, atos jurídicos de direito público, suscetíveis, portanto, de serem atacados perante a jurisdição administrativa, por meio do recurso por excesso de poder. A interpretação jurisprudencial, enriquecida pelas contribuições doutrinárias, acabou por dilatar a noção de autoridade pública - tal como consignada na Lei de 1872, e, posteriormente, pela *Ordonnance* de 31 de julho de 1945, sobre o Conselho de Estado - para fazer com que assim fossem considerados os agentes de órgãos e entidades da administração pública, ou a ela vinculados, mesmo com personalidade jurídica de direito privado, mas desde que estejam investidos de uma missão de serviço público e dotados de prerrogativas de poder público⁸. Contudo, ainda nessas circunstâncias, os atos unilaterais de tais entidades, quando concernentes a relações de direito privado, não se qualificam como atos administrativos⁹.

Desse modo, os atos pertinentes ao funcionamento interno da entidade e sem relação direta com o serviço público constituem atos de direito privado¹⁰. A lei pode, entretanto, estabelecer exceções. Exemplo disto é a lei de 3 de janeiro de 1973, relativa ao banco da França, que atribui competência à jurisdição administrativa para conhecer dos litígios com os empregados.

Concluem Vedel e Delvolvé que isso implica que os agentes do Banco da França estão submetidos ao direito público, enquanto que o próprio Banco, apesar das peculiaridades do seu estatuto e de suas funções, permanece uma pessoa jurídica de direito privado¹¹.

Percebe-se, portanto, que a caracterização da autoridade administrativa, no direito francês contemporâneo, é feita por três critérios distintos:

(a) - pelo critério dos meios utilizados, quando o agente administrativo usa atribuições específicas do poder público, atuando no exercício de *puissance*

7 apud Paul Sabourin, op. cit. p. 47.

8 George Vedel & Pierre Delvolvé, *Droit Administratif*, Paris, Puf, 1992, vol. I, p. 239.

9 G. Vedel & P. Delvolvé, op. e vol. cits, p. 240.

10 G. Vedel & P. Delvolvé, op. cit., vol. II, p. 660.

11 op.cit., vol. II, p. 661.

publique;

(b) - pelo critério dos fins perseguidos, quando o agente administrativo pratica atos estreitamente vinculados a serviço público ou desempenhando uma missão de serviço público;

(c) - pelo critério legal, quando a norma jurídica submete ao direito público atos da entidade, mesmo que, com relação aos demais, o regime seja de direito privado e a própria pessoa jurídica seja igualmente de direito privado.

Não será necessário dizer que o recurso ao critério dos meios (a) ou ao critério dos fins (c) só será necessário na falta de um critério legal explícito (c). Havendo este, tollitur quaestio, o ato será ato administrativo e a autoridade que o praticar será autoridade administrativa ou autoridade pública.

Veremos a seguir que o direito brasileiro, na configuração do conceito de autoridade pública, chegou a resultados muitos semelhantes aos do direito francês, apesar de a jurisprudência dominante, mesmo havendo norma de direito público que discipline determinados atos de entidades de direito privado da Administração Pública indireta, persista em afirmar, ilógica e incoerentemente, que esses atos são de gestão.

4. Conquanto a Constituição de 1934, no seu art. 113, no 33, não houvesse explicitado o que se deveria entender por ato de “qualquer autoridade”, a legislação ordinária posterior, pertinente ao mandado de segurança, cuidou de definir com mais exatidão quais os atos impugnáveis pela nova ação constitucional, traçando, assim, contornos mais nítidos ao conceito de autoridade pública. A lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, que por primeiro regulou o processo do mandado de segurança, depois de repetir, no caput do seu art. 1º, o enunciado no texto constitucional, explicitava no parágrafo único: “Consideram-se atos de autoridade os das entidades autárquicas e de pessoas naturais ou jurídicas, no desempenho de serviços públicos, em virtude de delegação ou de contrato exclusivo, ainda quando não transgridam o mesmo contrato”. Dava-se, dessa maneira, ao conceito de autoridade pública significado e extensão muito semelhantes, senão idênticos, aos fixados pelo direito francês. O Código de Processo Civil, de 1939, no seu art. 319, § 2º, manteve essa orientação, utilizando quase as mesmas palavras¹². A Constituição de 1946, no seu art. 141, § 24, declarava caber mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, “seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”. A Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, no art. 1º, caput, alude a “autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”. No § 1º elucida: “Consideram-se autoridade para os efeitos desta lei os representantes ou órgãos dos Partidos Públicos e os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entender com

¹² “Também se consideram atos de autoridade os de estabelecimentos públicos e de pessoas naturais ou jurídicas, no desempenho de serviços públicos, em virtude de delegação ou contrato exclusivo, ainda quando transgridam o contrato ou exorbitem da delegação”.

essas funções”. A Constituição de 1967, no art. 150, § 21, e a Emenda nº 1, de 1969, art. 153, § 21, mantiveram, quanto ao mandado de segurança, a mesma redação da Constituição de 1946.

5. Ao termo dessa evolução e dentro da moldura normativa do art. 5º, L XIX, da atual Constituição e da legislação ordinária em vigor, é de indagar-se o que se deverá entender, finalmente, por autoridade pública para efeito de mandado de segurança. A primeira observação a ser feita é a de que a norma da Constituição vigente, relativa ao mandado de segurança, distinguiu entre atos de autoridade pública e atos de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Vê-se, assim, no rigor do texto constitucional, que os agentes de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do Poder Público, não são mais considerados como autoridade pública, como sempre foram tidos, desde a Lei nº 191, de 1936 até a Lei nº 1.533, de 1951, muito embora contra os seus atos ilegais, lesivos ou com ameaça de lesão a direito líquido certo, também caiba mandado de segurança, como sempre ocorreu. O discríme, entretanto, tem mais interesse lógico do que prático. De qualquer maneira, serve para sublinhar que somente autoridade pública realiza ou pratica ato administrativo, no sentido estrito da expressão. Autoridade pública, a seu turno, é todo órgão ou agente de pessoa jurídica de direito público, da administração direta e indireta, das diferentes órbitas da Federação, quando atua sob regime de direito público¹³.

Mas só essas considerações seriam suficientes para demarcar com exatidão a área compreendida pelo conceito de autoridade pública? Parece-me que não. Igualmente os órgãos ou agentes das entidades de direito privado da Administração Indireta, quando praticam atos regidos pelo direito público, são autoridade pública, para fins de mandado de segurança.

6. As entidades de direito privado da assim chamada Administração Pública Indireta raramente estão submetidas a regime puro de direito privado, como é reconhecido universalmente. Geralmente o seu regime jurídico é híbrido: sujeito, em parte e predominantemente, ao direito privado e, em parte, ao direito público. Entre nós, ainda ao tempo da Constituição de 1946, Ruy Cirne Lima expressou como felicidade a posição que inicialmente prevaleceu no direito brasileiro, ao dizer que as relações travadas com a pessoa jurídica matriz, portanto quoad intra, eram subordinadas ao direito público e que as relações com os administrados, ou seja, quoad extra, eram submetidas ao direito privado¹⁴. Esse entendimento foi reforçado pela regra do art. 170, § 2º da Emenda nº 1 de 1969, que sujeitava as sociedades de economia mista e as empresas públicas ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, notadamente

¹³Os partidos políticos, no sistema da atual Constituição da República, deixaram de ser pessoas jurídicas de direito público, um. vez que adquirem “personalidade jurídica na forma da lei civil” (art. 17, § 2º). Creio estar revogado, nessa parte, o § 1º, do art. I, da Lei nº 1.533 de 1951. Contra os atos de órgãos dos partidos políticos não cabe mais, mandado de segurança, pois os partidos políticos, a par de não serem mais pessoas jurídicas de direito público, não exercem, de outra parte, função delegada do Poder Público.

¹⁴ Pareceres, Porto Alegre, Sulina, 1963, p. 18 e segs.

no que respeitava ao Direito do Trabalho e ao das Obrigações.

Os atos dos administradores e agentes dessas entidades não seriam, assim, atos de autoridade, passíveis de serem atacados por mandado de segurança. O recurso à ação constitucional só seria admissível contra atos de órgãos de tais pessoas jurídicas quando esses atos estivessem intimamente relacionados com a execução de atribuições públicas delegadas ou, numa fórmula mais simples, de serviços públicos. Fora desta hipótese, os atos seriam todos atos de gestão, para usar a velha classificação francesa, o que é o mesmo que qualificá-los como atos jurídicos de direito privado. Os conseqüências quer se extraíam dessas premissas eram, entre outros, os de que o acesso aos empregos dessas entidades prescindiam de processo público de seleção de candidatos, mediante concurso e que para a contratação que fizessem de compras, obras e serviços não era exigida licitação. As empresas privadas não realizam concurso para admitir seus empregados nem fazem preceder seus contratos de licitação. Não seria diferente para as empresas públicas e as sociedades de economia mista¹⁵. A fio de lógica jurídica chegava-se a essas conclusões, sem considerar que uma grande parte dos recursos públicos está hoje em mãos de entidades de direito privado da Administração Pública Indireta, as quais gerem e administram verbas orçamentárias vultuosíssimas. A utilização desses recursos

15 Hely Lopes Meirelles sustentou em vários pareceres, artigos e livros de doutrina, que a regra a que tais entidades estavam sujeitas era a de que "suas contratações são realizadas segundo o sistema da livre escolha", nada impedindo, entretanto, que adotassem, se assim achassem conveniente, "a licitação formal do Decreto-Lei 200/67 ou um procedimento seletivo simplificado, estabelecido em regulamento ou constante de cada instrumento convocatório, em conformidade com disposição estatutária ou deliberação de sua Diretoria" (A Licitação nas Entidades Paraestatais, RF 261/49 e RDA 132/32; Estudos e Pareceres de Direito Público, RT, São Paulo, 1981, v. III, p. 528-529). "A licitação só é obrigatória para as contratações das entidades públicas - estatais e autárquicas - mas pode ser realizada pelas pessoas de direito privado como são as entidades paraestatais - sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações de interesse público, serviços sociais autônomos - desde que a lei especial o determine, ou conste de seus estatutos essa sujeição ou a diretoria da empresa assim o delibere" (Licitação e Contrato Administrativo, RT, São Paulo, 1973, p.11). Tal tese, que resultou triunfante em vários julgados dos nossos tribunais (Hely Lopes Meirelles, Estudos e Pareceres de Direito Público cit. p. 529) levou a que obras públicas de imenso valor fossem contratadas pela livre escolha dos dirigentes de sociedades de economia mista e de empresas públicas, guiados por critérios puramente subjetivos e sem prévia seleção, portanto, por procedimento licitatório. O escândalo provocado por algumas dessas contratações feitas sem a observância de qualquer padrões objetivos contribui, a par de sólidas razões doutrinárias, para gerar reação de prestigiosos doutrinadores do nosso Direito Administrativo, com Celso Antônio Bandeira de Mello à frente Para o mestre paulista, na vigência da Emenda Constitucional nº 1/69, as sociedades de economia mista e as empresas públicas "não podem se esquivar a um procedimento licitatório, salvo quando no exercício de atos tipicamente comerciais ligados ao desempenho imediato de atividade industrial ou comercial que, por lei, lhes incumba desenvolver como objeto das finalidades para que foram criadas. Com efeito: entende-se que uma siderúrgica estatal compre rotineiramente, mediante os procedimentos usuais no mercado, as partidas necessárias para alimentar sua produção e que por iguais processos venda seus produtos. Reversamente, se pretender equipar-se ou renovar seu equipamento produtor, deverá atender aos princípios da licitação". A razão da sujeição dessas entidades da Administração Indireta aos princípios licitatórios estava, como está ainda, no respeito ao princípio maior da igualdade perante o estado, ao princípio isonômico considerado o entendido da forma mais ampla possível. "Quem atua como instrumento do Estado" - observa o ilustre professor da PUC de São Paulo, "quem age na persecução de escopos assumidos por ele, quem pertence à administração indireta ou descentralizada, quem tem patrimônio formado total ou predominantemente pelo governo, não pode se eximir a tratar isonomicamente os administrados nem se subtrair aos procedimentos estabelecidos em ordem a buscar os negócios mais convenientes, decididos em um certame amplo e aberto." Mesmo porque, registra o mesmo autor, é oportuno recordar "que a parcela mais ponderável das obras e serviços públicos de monta se realiza por via dessa modalidade de pessoas governamentais. As grandes aquisições e contratos de obras públicas são realizadas precisamente por estas entidades. A admitir-se possam se esquivar às licitações, todo o mecanismo cautelar previsto para os contratos atinentes a empreendimentos deste jaez perderia seu principal objeto. Quer-se dizer: O Estado, graças ao concurso de sociedades mistas e empresas públicas, passaria ao largo das exigências de licitação a dizer, ficaria liberto de todo o mecanismo cautelar - concedido em vista de despesas maiores - precisamente no caso de numerosíssimos empreendimentos de vulto" (Licitação, RT, São Paulo, 1980, p. 9 e segs.).

em compras, obras e serviços sem antes efetivar-se procedimento de escolha do outro contratante por critérios tanto quanto possível objetivos, como os da licitação, abria amplas portas a negócios escusos, em que interesses subalternos e até mesmo pessoais dos administradores eram privilegiados, em detrimento do interesse público. O que então não se percebia, no plano estritamente jurídico, é que toda a Administração Pública, seja ela Direta ou Indireta, quer se realize por pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, está jungida ao princípio da igualdade. A igualdade, imposta pelo princípio constitucional não significa tão somente igualdade perante a lei ou na lei, ou ainda perante os serviços públicos, mas há de ser entendida, antes e sobretudo, como igualdade perante o Estado. A incidência do princípio da igualdade, nessas hipóteses e situações, tem o condão não apenas de afastar dessa área o direito privado, substituindo-o pelo direito público, como também o de transformar, obviamente, os atos jurídicos nesse campo praticados em atos administrativos, atos jurídicos de direito público, descaracterizando-os como meros atos de gestão, regidos pelo direito privado. Dito de outro modo, são eles atos de autoridade, para fins de mandado de segurança, pois não se pode aceitar, sem afronta à lógica e aos próprios fundamentos do Direito Administrativo, que atos jurídicos unilaterais, de direito público - atos administrativos, portanto - praticados por órgão de entidade da Administração Pública Indireta, não sejam atos de autoridade. O regime híbrido, tradicionalmente admitido como sendo próprio das entidades de direito privado da Administração Pública Indireta, tem, assim, sua parte de direito público acrescida pelos princípios constitucionais balizadores de toda a atividade administrativa, dentre os quais realça-se especialmente o da igualdade.

Creio que a Constituição de 1988 veio por fim às divergências que ainda subsistiam ao submeter toda a Administração Pública, “direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, aos princípios enumerados no seu art. 37, entre os quais estão o de que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos” e o de que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (inciso XXI).

Assim, como se não bastasse a referência genérica aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, feita no caput do art. 37, entendeu o legislador constituinte, ainda, de consignar expressamente a obrigatoriedade de realização de concurso público para investidura em cargos e empregos públicos, bem como de procedimento licitatório em todas as esferas do Poder Público. Neste particular, portanto, todas as entidades da Administração Pública, quer tenham personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, ficaram submetidas ao Direito Público.

É evidente, portanto, que os atos jurídicos que seus agentes praticarem, no íter do procedimento licitatório ou do concurso público, são atos de direito público, atos administrativos, atos de autoridade e não atos de gestão, que são sempre e necessariamente de direito privado.

As considerações até aqui desenvolvidas permitem concluir que, atualmente, autoridade pública, para efeitos de mandado de segurança, são (a) os agentes ou órgãos das pessoas jurídicas de direito público e (h) os das entidades de direito privado da Administração Indireta ou fundacional, para usar a linguagem da Constituição, em ambas as hipóteses quando atuem sob regime de direito público, praticando atos administrativos. As pessoas jurídicas de direito público atuam, normalmente, sob regime de direito público e só excepcionalmente sob regime jurídico de direito privado (por exemplo, quando celebram contrato de locação, como qualquer particular).

Quando assim procedem, sob regime de direito privado, os atos que realizam são de gestão e não de autoridade. Exatamente o inverso sucede com as entidades de direito privado da Administração Indireta. Os atos que praticam são, em larga medida, sujeitos a regime de direito privado e só em caráter de exceção são disciplinados pelo direito público. Enquadram-se nesta última hipótese os atos previstos em normas jurídicas de direito público, como sucede com os integrados em procedimentos licitatórios e de concurso público, bem como os diretamente vinculados a serviço público.

7. Conclui-se, portanto, que o elemento chave para a caracterização de autoridade pública para fins de mandado de segurança é o regime jurídico a que está sujeita a relação jurídica em que atue. Se esse regime for de direito público, o ato que praticar será de autoridade, se for de direito privado, o ato será de direito privado ou de gestão¹⁶.

É indubitado, pois, que a atual Constituição da República, ao estender suas normas às entidades de direito privado da Administração Indireta, ampliou notavelmente o campo de abrangência do mandado de segurança, transformando certos atos praticados pelos agentes e órgãos dessas entidades, de atos de gestão que eram, em atos de autoridade.

8. A jurisprudência, entretanto, tem resistido, mesmo sob a Constituição de 1988, em aceitar, que os atos praticados por agentes de entidades de direito privado da Administração Indireta em procedimentos licitatórios ou de concurso público -para ficar só nas hipóteses mais comuns de atos de órgãos dessas entidades regidos pelo direito público -sejam atos de autoridade e não atos de gestão, como dominantemente eram considerados anteriormente¹⁷. Parece ter ocorrido nessa matéria, como tantas

16 Também no direito alemão “ato de autoridade” é considerado sinônimo de “ato de direito público”, e mais especificamente, pela conotação de unilateralidade que possui, de “ato administrativo”. A atividade da administração pública será “de autoridade” (hoheitliche), quando for regida pelo direito público ou, mais brevemente, for “de direito público” (öffentlich-rechtliche) (Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, C. H. Beck, 1982, p. 26; Ingo von Münch, in Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin; W. de Gruyter, 1986, p. 14 e segs.; Norbert Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg, C.F. Müller, 1982, p. 336; Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, München, C.H. Beck, 1993, p. 679 e segs.).

17 Ainda ao tempo da Emenda Constitucional de 1969, é ilustrativo dessa orientação e acórdãos da 1ª Turma do TFR, AMS 108.891-SP, rel. Ministro Costa Leite.

vezes sucede, um efeito de inércia, que empurra o direito antigo para dentro do direito novo, num primeiro momento encobrimdo-o e suplantando-o.

Com o tempo, porém, começam a ser percebidas as distinções bem marcadas entre uma situação e outra.

As regras constitucionais que agora, explícita e indubitavelmente, incidem sobre os atos de agentes de entidades de direito privado da Administração Indireta qualificam-nos imediatamente como atos jurídicos de direito público. Essa circunstância - a de serem atos de direito público - impede terminantemente que sejam tidos e havidos como atos de gestão, pela simples e definitiva razão que os atos de gestão são sempre e invariavelmente atos de direito privado, aqui e em qualquer outro sistema jurídico.

Afirma-se que existem atos de gestão de direito público (ou, o que é o mesmo, disciplinados ou regidos pelo direito público) é uma contradição nos seus próprios termos e uma agressão à lógica tão estridente como dizer que o círculo é quadrado.

Na verdade, no regime anterior, quando determinado ato de entidade de direito privado da Administração Indireta era classificado como ato de gestão pretendia-se com isto significar que tal ato não estava vinculado diretamente a serviço público, pois só ato com essas características é que poderia ser atacado por mandado de segurança, uma vez que sua ligação com um serviço público o arrastava imediatamente para o campo do Direito Público. Sendo a entidade de direito privado e não ostentando o ato praticado por seus agentes estreita relação com um serviço público, ficava claro que a sua natureza era de ato jurídico de direito privado e, portanto, de ato de gestão. O reconhecimento da incidência do princípio da igualdade, em todas as suas variantes, sobre os atos das entidades de direito privado da Administração Indireta, primeiro na doutrina e, agora, por imposição da Constituição Federal, alterou completamente esse estado de coisas, como tive ocasião de mostrar.

Assim, os atos das entidades de Direito Privado da Administração Pública Indireta estão submetidos ao direito público em duas hipóteses: (a) quando sejam atos de autoridade, isto é, quando sejam atos regidos ou disciplinados diretamente por norma de direito público, muito embora não tenham ligação direta com o serviço público, e (b) quando estejam vinculados a serviço público. A primeira hipótese compreende atos que expressam atividade-meio, mas que, não obstante isto, sujeitam-se a regime jurídico especial, de direito público. Os exemplos mais comuns são os atos praticados nos procedimentos de concurso público ou de licitação pública. A segunda hipótese compreende os atos praticados no exercício de atribuições públicas delegadas, que são sempre atividades-fim. Conforme se verifique uma ou outra hipótese, diversa será o órgão do Poder Judiciário competente para examinar as eventuais controvérsias. Ilustremos isto com um exemplo, que se desdobra em duas situações.

Primeira: sociedade de economia mista estadual, concessionária de serviço público federal, ao realizar concurso público para contratação de empregados viola

direito subjetivo de um dos candidatos. A justiça competente para apreciar o mandado de segurança será a estadual. Segunda: a mesma sociedade de economia mista, no desempenho do serviço público federal, de que é concessionária, hostiliza direito subjetivo de usuário. A justiça competente para apreciar o mandado de segurança será a federal.

A manutenção da orientação jurisprudencial que vê nos atos praticados nos procedimentos licitatórios e de concursos públicos das entidades de direito privado da administração indireta simples atos de gestão, além de incidir no ilogismo antes verberado de aceitar a existência de atos de gestão de direito público, tem ainda o inconveniente de reduzir substancialmente a abrangência do mandado de segurança.

É notório que, hoje, imensas obras pública são realizadas por empresas públicas e sociedades de economia mista. A maior parte as barragens, para ficarmos num exemplo expressivo, são construídas por pessoas jurídicas que têm essa natureza. Se, contra os atos dos administradores dessas entidades, no procedimento licitatório, ficar excluída a possibilidade de impetração de mandado de segurança, é óbvio que se estará reduzindo a imponência do mandado de segurança como meio constitucional adequado para combater as ilegalidades e abusos do Poder Público que lesam ou ameaçam de lesão os direitos subjetivos públicos dos administrados. E nem se diga, como já tem sido asseverado em contraposição a esse argumento, que ao particular lesado estará sempre aberto o caminho da ação cautelar e da ação ordinária, para a proteção de seus interesses. A explicação não procede, por uma razão muito simples.

No mandado de segurança não há sucumbência do impetrante precisamente para que não seja criado obstáculo ou embaraço à utilização da ação constitucional, como garantia que se quer a mais ampla possível. O mesmo não ocorre, entretanto, nas ações cautelares e ordinárias. Ademais, na ação cautelar, responde o autor pelos prejuízos que causar na execução da liminar, nas hipóteses previstas no art. 811 do

Código de Processo Civil. Assim, vencido o autor em cautelar em que pleiteou e obteve liminar determinando a sustação da assinatura do contrato de obra pública com licitante que considerava indevidamente classificada em primeiro lugar, estará obrigado indenizar os prejuízos, frequentemente vultosíssimos, relacionados com o atraso do início da construção. Será, em suma, penalizado pela utilização de legítimos meios processuais de defesa de seus direitos perante o Estado, o que, no mandado de segurança, não se verificaria. Tem-se, dito e escrito, a esse propósito, que tal tipo de raciocínio não é científico e nem jurídico. Não me parece que sejam assim. O mandado de segurança foi concebido como o mais amplo, direto, pronto e expedito meio de fazer valer os direitos subjetivos públicos dos indivíduos, quando atropelados ou ameaçados de lesão por autoridade pública ou por pessoa jurídica investida de atribuições do Poder Público. Como instituto de direito constitucional que é e com a natureza que tem de garantia fundamental, há de ser interpretado segundo os cânones exegéticos que comandam a inteligência e interpretação das mais altas normas existentes no ordenamento jurídico nacional.

Quer pela interpretação sistemática da Constituição, quer pela interpretação teleológica, que coincide com a que a moderna doutrina americana tem chamado de *responsive interpretation* - reconhecidamente os mais eminentes e prestigiados métodos de interpretação - a conclusão a que se chega é a mesma.

Na verdade, não teria sentido, dentro do sistema da Constituição de 1988, que à sujeição das entidades de direito privado da Administração Indireta aos princípios discriminados expressamente no art. 37, não tivesse contrapartida - quando esses mesmos princípios fossem violados e a violação implicasse lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo dos indivíduos - na possibilidade de utilização do mandado de segurança, como instrumento por excelência para obter-se, a um só tempo, a recomposição da fratura causada à ordem constitucional e a preservação do direito individual.

Percebe-se que, de outro modo, sistema constitucional seria extremamente falho, imperfeito, desequilibrado e assimétrico.

Teria avançado ao submeter as entidades de direito privado de que o Estado se serve para a consecução dos seus objetivos aos grandes princípios a que deve ater-se a Administração Pública em geral e, ao mesmo tempo, revelaria inexplicável timidez ao fechar a via do mandado de segurança a quem tivesse direito subjetivo hostilizado ou ameaçado por ato ou omissão que contrariasse aqueles mesmos princípios.

A Constituição há de ser vista e entendida como uma unidade harmônica, devendo sua interpretação contribuir para a mais completa realização possível dessa unidade, de sorte que as diferentes partes se esclareçam e iluminem reciprocamente, a fim de que os contrastes, as aparentes incongruências, as dificuldades lógicas sejam aplainadas, superadas ou eliminadas em proveito do todo, encunando-se, assim, ao máximo, a distância que a separa da perfeição¹⁸.

Por outro lado, se visualizada a Constituição numa perspectiva finalista ou teleológica, há de responder e corresponder, como tem assinalado a mais recente doutrina norteamericana, ao “ethos nacional”, à “experiência do país”, ao “caráter fundamental” e ao “objetivos da nação”¹⁹. Sob este ângulo, a norma constitucional só pode ser compreendida “como função da sociedade no instante da aplicação do direito”²⁰.

Ora, a negação da utilização do mais nobre e importante meio de proteção dos direitos individuais não amparados pelo *habeas corpus* contra o arbítrio e os abusos do Poder Público, quando este assume forma de direito privado, mas atua no campo do direito público, não estaria em consonância com o sentimento e a opinião geral da sociedade, que se identificam com as aspirações da nação. Nada justificaria, nesse contexto, que a Administração Pública, procedendo de idêntica maneira como se comportam

18 Alfred Katz, *Staatsrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 1992, p.49.

19 Robert Post, *Theories of Constitutional Interpretation in Law and the Order of Culture*, Berkeley, University of California Press, 1991, p. 13 e segs. Observa Post que a expressão “responsive interpretation” provém da noção estabelecida por Philippe Nonet e Philip Selznick de “responsive law”, ou seja a lei que funciona “as a facilitator of response to social needs and aspirations” (p 24 e p. 39, nota 63).

20 Katz, op. e p. cit.

suas entidades de direito público, tivesse seus atos imunes ao mandado de segurança. Que isso ocorra nas situações em que as entidades de direito privado da Administração Pública indireta agem sob normas de direito privado é perfeitamente compreensível. Mas é inaceitável a mesma solução nos casos em que essas mesmas entidades atuam sob regras de direito público. A extensão das regras de direito público a certos atos por elas praticados - o que resulta, em algumas hipóteses, de imposição constitucional - demonstra, por si só, a presença de interesse público particularmente denso e significativo. É evidente que se não houvesse tal interesse, não haveria porque sujeitar aqueles atos a regime jurídico especial, de direito público. Sendo idêntico o regime jurídico dos atos das entidades de direito público e o de certos atos das entidades de direito privado, idêntico deverá ser, também, o sistema de proteção e defesa dos direitos individuais em ambas as circunstâncias. Não se trata apenas de uma exigência lógica, como já se viu, mas de uma exigência também da sociedade, numa fase da vida nacional em que a efetiva realização dos princípios constitucionais, como o da igualdade, o da moralidade, o da impessoalidade, o da legalidade, que se unem para compor o perfil do Estado de Direito, é diariamente cobrada pela opinião pública. A *ratio legis* e o fim, o telos, da norma constitucional, extraem-se a cada momento da experiência histórica. E isto que faz da Constituição um documento vivo, sempre adaptado ou adaptável às mutações políticas, econômicas, sociais ou culturais. Os institutos previstos na Constituição, como o mandado de segurança, terão de ser entendidos e interpretados, objetivamente, dentro dessa mesma tendência de aproximação entre os fatos e a norma, num processo dialético permanente. À alteração dos fatos deverá muitas vezes corresponder uma alteração do conteúdo da norma, da mesma maneira que esta exercerá frequentemente uma força conformadora sobre os fatos. A leitura da Constituição anterior sob a pressão de fatos clamorosos, que agrediam duramente a consciência nacional, como a contratação de imensas obras públicas sem licitação ou o ingresso de empregados sem a prestação de concurso público, conduziu ao entendimento, sustentado por autorizada doutrina como reação à orientação até então dominante, de que as entidades da Administração Pública indireta, com personalidade de direito privado, estavam obrigadas a realizar certames públicos para a contratação de obras e serviços, bem assim como para a admissão de pessoal, pela incidência dos princípios da igualdade e da moralidade pública. A Constituição atual tornou explícita essa imposição. Não há, pois, como ainda discutir a qualificação dos atos dos órgãos e agentes públicos das entidades de direito privado da Administração Pública indireta como atos de autoridade, quando se sujeitem a regime jurídico de direito público.

Estas conclusões valem tanto para as entidades de direito privado da Administração Pública que prestem serviços públicos, quer sejam eles administrativos, comerciais ou industriais, quer para as outras que desempenham pura atividade econômica. O Estado só excepcionalmente pode explorar atividade econômica, a qual “só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante

interesse coletivo, conforme definidos em lei” (CF, art. 173).

Já se pretendeu que os preceitos do art. 37 da Constituição Federal, na parte atinente às entidades de direito privado da Administração Indireta, só seriam aplicáveis àquelas que prestassem serviço público. As demais estariam inteiramente sujeitas a regime de direito privado, por força do que estatui o § 1º do art. 173 da Constituição Federal: “A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”. Contudo, a distinção entre entidades de direito privado da Administração Pública prestadoras de serviços públicos e não prestadoras de serviço público (entre estas estariam, é claro, as que exploram atividade econômica) só aparece, no texto do art. 37, no seu § 6º, que cuida da responsabilidade extra-contratual do Estado. Bem se vê, pois, que não é exclusivamente a vinculação direta a um serviço público que atribui natureza de direito público aos atos dos agentes das entidades de direito privado da Administração Pública Indireta. Idêntica natureza terão os atos dos agentes dessas entidades quando forem regidos e disciplinados pelo Direito Público, como é o caso dos realizados nos procedimentos licitatórios e de concurso público. Em tais hipóteses, a coridicção de ato administrativo, ou de ato de autoridade, para efeito de mandado de segurança, provém diretamente da norma jurídica e não da circunstância de estar o ato relacionado intimamente com a prestação de serviço público. E a primeira das normas jurídicas existentes no nosso sistema, a esse propósito, é de natureza constitucional e está cristalizada no art. 37 da Constituição Federal, nos incisos II e XXI. É absolutamente irrelevante, pois, quanto às licitações e concursos públicos, o tipo de atividade que as entidades de direito privado da Administração Pública Indireta exerçam. Quer sejam prestadoras de serviços públicos, quer se dediquem à atividade econômica, seus atos serão, nesses particular e dentro desses limites, atos de direito público, atos administrativos ou atos de autoridade. Isto importa afirmar que são passíveis de ataque por mandado de segurança.

III

9. Outra importante questão, sobre a qual ainda se controverte na doutrina e na jurisprudência, é se a autoridade pública a quem se imputa conduta abusiva ou ilegal, ensejadora da impetração do mandado de segurança, seria, ou não, parte no processo. A discussão é antiga e remonta às próprias origens do mandado de segurança pois no art. 113, 33, da Constituição de 1934, depois de afirmar-se que se daria mandado de segurança “para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”, acrescentava-se: “O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada”. Quem seria, então, parte na ação de segurança? A autoridade coatora? A pessoa de direito público interessada? Ambas?

A Corte Suprema, que assim se chamava ao tempo da Constituição de 1934,

examinando a questão em agosto daquele mesmo ano dividiu-se em três correntes. Uma, a majoritária, orientou-se no sentido de que deveriam ser ouvidas na ação a autoridade de quem emanou o ato, como ocorre no habeas corpus, e o Procurador Geral da República, na qualidade de órgão da União. Outra entendia que só o representante da União deveria ser ouvido. E uma terceira, que só a autoridade coatora. A Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, dispunha que, conhecendo do pedido, o juiz mandaria citar o coator e encaminharia, por ofício, ao representante judicial ou legal da pessoa jurídica de direito público interno, interessada no caso, a terceira via da petição inicial com a respectiva cópia dos documentos. Dispunham, além, que na contrafé da citação e no ofício seria fixado o prazo de dez dias, para a apresentação da defesa e das informações reclamadas (art. 8º, § 1º, a e b e § 3º). Da terminologia utilizada depreende-se que o legislador, ao referir-se à citação da autoridade coatora, considerava esta parte na ação. No que concerne, porém, à pessoa de direito público interno interessada no caso, a lei não preceituava que fosse ela citada, conquanto determinasse sua ciência da demanda pela cópia da petição inicial e da documentação a esta anexada, para que pudesse apresentar sua defesa. Ora, só se defende quem é parte na ação. Outras disposições tornam inequívoca a condição de parte que tem a pessoa jurídica de direito público interno interessada no caso. Assim a que ordena que, julgando procedente o pedido, o juiz a ela transmitirá, em ofício, o inteiro teor da sentença, para que a cumpra imediatamente (art. 100, "a" e parágrafo único). Do mesmo modo a que declara que o recurso poderá ser interposto "pelo imperante, pela pessoa jurídica de direito público interessada e pelo coator" (art. 11º, §) - reforçando a qualidade de parte da autoridade coatora, que ficara empalidecida com a ausência de obrigatoriedade de lhe serem comunicados os termos da sentença concessiva da segurança (art. 10º).

O código de Processo Civil de 1939, no art. 322, dispunha que o juiz, ao despachar a petição inicial, deveria notificar o coator, "a fim de prestar informações no prazo de dez dias" (inciso I) e citar "representante judicial ou, à falta, o representante legal da pessoa jurídica de direito público interessada na ação" (inciso II). Julgado procedente o pedido, o inteiro teor da sentença era transmitido ao representante legal da pessoa jurídica de direito público interessada (e não ao coator), nos termos do art. 325, I, para que a cumprisse, sob pena de desobediência (art. 327). O representante da pessoa jurídica de direito interessada era, também, o único legitimado para requerer ao presidente Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Apelação, conforme a competência, autorização para a execução do ato impugnado, para enviar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública (art. 327). No CPC anterior, portanto, a autoridade coatora não tinha sua posição bem definida na ação. Era notificada para prestar informações e, após estas, não tinha mais participação no mandado de segurança. Quanto a quem poderia recorrer, a lei nada dizia, sendo de inferir-se, entretanto que apenas a pessoa jurídica de direito público interessada tinha essa faculdade, pois, como se viu, também só ela tinha legitimação para pleitear junto ao presidente do Supremo

Tribunal Federal ou do Tribunal de Apelação, quando verificadas as hipóteses legalmente definidas, a autorização para executar o ato impugnado, após ter sido prolatada sentença concessiva da segurança.

A Lei nº 1.533 de 31 de dezembro de 1951 manteve a ambigüidade e as vacilações que sempre existiram em nossa legislação na determinação de quem é parte no mandado de segurança, indecisão que deu azo a acesas discussões na doutrina. Declara a lei vigente que, ao despachar a inicial, o juiz ordenará a notificação do coator do conteúdo da petição, para que preste as informações que achar necessárias (art. 7º, 1). A pessoa jurídica de direito público interessada só é mencionada no art. 2º, que tem este enunciado:

“Considerar-se-á federal a autoridade coatora, se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado de segurança houverem de ser suportadas pela União ou pelas entidades autárquicas federais”.

Quando julgado procedente o pedido, quem é notificado da sentença é a autoridade coatora. Apesar do relevo dado à autoridade coatora na atual lei do mandado de segurança, mesmo assim a praxe judicial consolidou o entendimento, pode-se dizer que indistinto, de que a participação da autoridade coatora na ação praticamente resume-se a ser notificada para prestar informações, a efetivamente prestá-las, se assim entender, e a ser notificada da sentença concessiva do mandado. A competência recursal é da pessoa jurídica de direito público interessada. A autoridade coatora não pode recorrer, do mesmo modo como não pode fazer sustentação oral.

Diante dessas circunstâncias será de perguntar-se a razão não estaria com Pontes de Miranda quando sinteticamente afirmava que o mandado de segurança é impetrado contra o órgão e não contra a pessoa jurídica de direito público, mas que esta é a demandada²¹. Celso Agrícola Barbi critica essa posição por julgá-la imprecisa²². Não percebemos, porém, onde estaria a imprecisão. Se a pessoa jurídica é a demandada ela é a parte. No entanto, o mandado de segurança tem um endereço imediato, que é o de afastar a lesão ou a ameaça de lesão a direito individual que órgão da parte praticou ou está prestes a praticar, por sua ação ou omissão. Por isto é que o mandado de segurança é requerido para proteger o autor contra a conduta comissiva ou omissiva, não da parte ré como um todo, mas especificamente do Órgão de onde proveio a violação ou a ameaça de violação de direito subjetivo do demandante, como tem sido repetido por todas as nossas Constituições Federais, desde a de 1934. Assim, razões de ordem prática, que visam a dar presteza e funcionalidade operacional ao instituto do mandado de segurança, é que determinaram que o órgão, que não é a parte, é que seja notificado para prestar informações. Na verdade, tecnicamente, não se cuida de simples notificação, mas de verdadeira citação, como bem percebeu Seabra Fagundes²³. Por igual, as informações prestadas pelo coator são a defesa da pessoa jurídica de que ele é agente ou órgão. Fica

21 Comentário ao CPC, vol. V, p. 156-157.

22 Do Mandado de segurança, Rio, Forense, 1993, p. 151 e 156.

23 O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, p. 338.

claro, portanto, que não há qualquer litisconsórcio entre a pessoa jurídica interessada e o seu órgão, cujo comportamento deu ensejo à impetração do mandado de segurança. Não há, aí, duas partes, mas uma só, a pessoa jurídica, que é citada e se defende por seu órgão, consoante disposição legal. (Theotônio Negrão, p. 1109).

10. Fixada a posição de que parte é a pessoa jurídica de que o coator é órgão, cabe extrair dessa premissa todas os consectários, alguns dos quais são extremamente importantes para a definição da competência jurisdicional para apreciar o mandado de segurança. É sabido que essa competência tem sido determinada pela órbita a que pertence a autoridade coatora e pela sua localização territorial, fora dos caos expressamente estabelecidos nas Constituições e nas leis. Na verdade, a jurisprudência tem acentuado que “a competência para apreciar o mandamus define-se pela autoridade apontada coatora”²⁴. Torna-se desde logo perceptível que essa orientação traduz as já mencionadas vacilações existentes no direito nacional quanto ao papel que desempenha no processo a autoridade coatora, refletido de modo muito claro a concepção de que ela seria parte na ação. A regra sobre competência territorial, no pertinente às ações pessoais e as ações reais sobre móveis, é a de que ela se determina pelo domicílio do réu (CPC, art. 94). No que se refere à União, quando for autora, ré ou interveniente, será competente o foro da capital do Estado ou do Território (CPC, art. 99). Essa idéia foi reforçada pelo art. 109, § 2º da Constituição Federal, cujo enunciado demonstra a clara intenção do legislador constituinte em proteger o particular: “As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal”. Diante da limpidez desse texto, é inaceitável que os tribunais continuem a exigir, no mandado de segurança, que ele deva ser impetrado no foro da autoridade coatora. Ora, as mais importantes autoridades da União têm sede, geralmente, em Brasília. Seus atos ou omissões, entretanto, podem lesar ou ameaçar de violação direitos subjetivos de pessoas que vivem nos mais diferentes pontos do território nacional. A muitas dessas pessoas estaria vedado o acesso ao mandado de segurança, nessas circunstâncias, pelas dificuldades de toda ordem que teriam para propor a ação constitucional em Brasília. A elas só estaria a via das ações ordinárias ou das ações cautelares para a defesa do seu direito, com todos os riscos, ônus e inconvenientes inerentes a essas ações, alguns dos quais já foram aqui realçados. Com isto, acaba-se por proteger, muitas vezes, o autoritarismo do Estado, a ilegalidade e o comportamento abusivo do Poder Público, pela diminuição fática ou material da possibilidade de controle dos seus atos pelo Judiciário. Com isto, também, acaba-se por comprometer a própria realização do Estado de Direito que, como se sabe, é uma obra em contínua elaboração, sempre imperfeita mas que há de tender sempre para a perfeição. Um dos objetivos mais eminentes do Estado de Direito é a realização

24 STJ, 1ª Seção, MS 591- DF, DJU 4.03.91, p.1.959) ou que “o juízo competente para processar e julgar o mandado de segurança é o da sede da autoridade coatora “RTFR 132/359 e, igualmente, RSTJ 2/347, RTFR 119/26, 132/243, 132/266, 134/35, 160/227, cf. Theotônio Negrão, CPC e Legislação Processual em Vigor, 25ª ed., p. 1117, notas ao art. 14 da Lei do MS.

da justiça material. O princípio do Estado de Direito, acolhido destacadamente logo no art. 1.º da nossa Constituição Federal, serve como regra de ouro para a interpretação dos demais princípios e normas constitucionais ou da legislação ordinária. Desse modo, as garantias constitucionais, entre as quais está a do mandado de segurança, deverão ser compreendidas de modo a assegurar, da maneira mais completa possível, a aproximação entre o Estado de Direito que temos com o Estado de Direito com que sonhamos.

Creio que a conformação do mandado de segurança pelo princípio do Estado de Direito deverá conduzir a que se admita sua impetração contra atos ou omissões de autoridades da União, para cujo exame a Constituição não tenha estabelecido competência especial, de acordo com a norma do 109, § 2º da Constituição Federal. Milita também em favor dessa solução o entendimento hoje francamente dominante de que no mandado de segurança é a pessoa jurídica interessada e não seu órgão, de onde proveio a coação ou a ameaça de coação. Se a União é que é a parte no mandado de segurança requerido contra ato ou omissão de agente seu, não há razão lógica para que a competência jurisdicional seja determinada pelo local onde tem sede a autoridade coatora, como se tem decidido reiteradamente. A exegese prevalecente beneficia a pessoa jurídica interessada ou a autoridade coatora, que é seu órgão, em detrimento ou desfavor de quem sofreu ou está ameaçado de sofrer lesão em direito subjetivo de que é titular. Este é que é o destinatário da garantia constitucional, e não o Poder público. E aquela interpretação tem servido, também, a manipulações e desvios realizados pelo Poder executivo, com o fito de dificultar ou até mesmo, em muitas situações, de impossibilitar a impetração do mandado de segurança²⁵.

Para arrumar estas observações de modo mais concentrado ou sintético, pode-se dizer que entre duas interpretações, uma que limita, cerceia ou restringe a utilização do mandado de segurança, e outra mais generosa e liberal, que lhe dá dimensão mais dilatada, esta última deverá ser a preferida, por três razões principais. A primeira resulta da própria amplitude do texto constitucional que desenhou o instituto do mandado de segurança como garantia em duplo sentido: como garantia institucional, segundo o conceito clássico de Carl Schmitt, e como garantia dos sujeitos de direito contra atos ou omissões ilegais de qualquer autoridade pública ou de qualquer agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. A segunda deriva da

25Lúcia Valle Figueiredo, em conferência que proferiu sobre Autoridade Coatora e Sujeito Passivo, (in Mandado de Segurança, Porto Alegre, 1986, Sérgio Antônio Fabris, p. 21 e segs) narra um desses expedientes, que surpreendeu em sua prática como Juiz Federal. Diz a consagrada administrativista: "Outro problema que se colocou, esse bastante sério, foi o do Empréstimo Compulsório. Neste, deliberadamente, as autoridades administrativas, que legislam, resolveram impossibilitar a interposição de mandado de segurança, por meio do art. 7 do Decreto-Lei: "Cabe ao Ministro da Fazenda praticar os atos necessários à execução deste Decreto-Lei e ao Secretário da Receita Federal expedir os avisos de cobrança do Empréstimo". Com isso, o Ministro da Fazenda praticaria os atos necessários à execução do Decreto-Lei. O Ministro da Fazenda é autoridade sediada em Brasília. Com seu turno seria o Secretário da Receita Federal que expediria avisos de cobrança do Empréstimo. Com isso se pretendia deslocar também qualquer interposição, por via de mandado de segurança, contra o malsinato compulsório. É evidente. Se pensarem na extensão do Brasil, é evidente que está, por exemplo, sediado no Acre, não vai impetrar um mandado de segurança em Brasília, ainda mais se não se tratar de quantia vultosa. Se a quantia for um pouco mais módica, é evidente que esse mandado de segurança não seria interposto. Pretendia-se afastar a amplitude, a magnitude do mandado de segurança".

necessidade, já apontada, de harmonizar o mandado de segurança com princípio do Estado de Direito. E a terceira consiste na orientação entre nós firmada de que a pessoa jurídica e não o órgão, a autoridade coatora, é que é parte no mandado de segurança.

Assim, resumindo tudo num exemplo, se a autoridade federal tiver sede em Brasília e não for daquelas cujos atos ou omissões que violem ou ameacem violar direitos subjetivos ensejem a impetração de mandado de segurança em foro privilegiado ou especial (p. ex. Presidente da República, Ministro de Estado, etc) a ação de segurança deverá ser proposta na capital do Estado, conforme o art. 109, § 2º da Constituição Federal e não em Brasília.

Parece-me que é este um dos modos de restituir ao mandado de segurança a sua dignidade original, comprometida pelas dificuldades de todo o gênero que a ele são opostas, o que têm, em contrapartida, servido para aumentar o prestígio e a eficácia prática das ações cautelares, para as quais inexistem muitas das dúvidas, perplexidades e indefinições que cercam a ação constitucional.

IV

As reflexões desenvolvidas induzem a que se conclua que o mandado de segurança, sob a Constituição de 1988, é cabível contra qualquer agente da Administração Pública, direta ou indireta, quer a entidade de que seja órgão tenha personalidade de direito público ou de direito privado, desde que o ato ou omissão ilegal a ele imputada seja disciplinado ou regido pelo direito público. A orientação jurisprudencial que considera atos praticados em concurso público ou em procedimento licitatório, por agentes de entidades de direito privado da Administração Pública Indireta, como atos de gestão e, pois, de direito privado, não pode prevalecer diante das normas constitucionais e da legislação ordinária vigentes que têm natureza de direito público. Tal posição seria ainda sustentável antes da entrada em vigor da atual

Constituição da República, mas nunca depois dela, em face da clareza do seu texto. Incorporou-se, desse modo, ao território do mandado de segurança um número altamente expressivo de comportamentos comissivos e omissivos do Poder Público, quando atua por suas entidades de direito privado, mas segundo preceitos de direito público, robustecendo-se, por consequência, a ação constitucional que é, por sua vez, como tantas vezes realçado, uma garantia institucional.

Complementa-se, de outra parte, o revigoramento do mandado de segurança, que começava a debilitar-se pela voga das ações cautelares e ações principais, favorecidas por algumas vantagens importantes (desnecessidade de indicar com precisão a autoridade coatora, possibilidade de propô-las contra a União, em consonância com as regras processuais ordinárias, determinadoras da competência jurisdicional) ao extraírem-se todas as derivações jurídicas da noção, hoje francamente dominante, de que parte no mandado de segurança não é nunca a autoridade coatora, mas sim a pessoa jurídica de que ela é órgão. Nessa conformidade, quando a autoridade coatora for órgão da União

e inexistir regra jurídica explícita que determine a competência jurisdicional pelo lugar onde tenha sede, competente será a Justiça Federal da capital dos Estados e Territórios, caso estes últimos venham a ser criados.

O redirecionamento dos rumos da jurisprudência em ambas as hipóteses focadas, de direito material e de direito formal ou processual, produzirá o benéfico efeito de repor o mandado de segurança no lugar de singular destaque que lhe pretendeu dar o legislador constituinte e que a Constituição, que é o que realmente importa, efetivamente lhe reservou.